

RENATA DE ANDRADE SANTOS

**O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS
DISCRICIONÁRIOS**

**CURITIBA
2004**

RENATA DE ANDRADE SANTOS

**O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS
DISCRICIONÁRIOS**

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de bacharel em
Direito, Curso de Graduação de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Pedro Henrique Xavier

**CURITIBA
2004**

TERMO DE APROVAÇÃO

RENATA DE ANDRADE SANTOS

O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

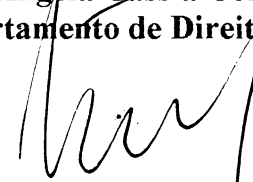
Orientador:



Prof. Pedro Henrique Xavier
Departamento de Direito Público, UFPR.



Prof. Angela Cássia Costaldello
Departamento de Direito Público, UFPR.



Prof. Rogério Distéfano
Departamento de Direito Público, UFPR.

Curitiba, 29 de outubro de 2004.

**A Deus, por me conferir
proteção e forças para completar mais
esta caminhada.**

**A meus pais, que me
apoiaram em toda a minha vida, e, agora,
mesmo à distância, foram exemplos reais
de fé, coragem, determinação e amor
infinitos.**

SUMÁRIO

RESUMO.....	vi
1. INTRODUÇÃO.....	1
2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	3
2.1 DISCRICIONARIEDADE E ARBITRARIEDADE.....	6
2.2 DISCRICIONARIEDADE E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	7
2.3 DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO.....	10
3. O ATO ADMINISTRATIVO.....	14
3.1 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO.....	15
3.1.1 Sujeito.....	17
3.1.2 Objeto.....	17
3.1.3 Forma.....	19
3.1.4 Motivo.....	20
3.1.5 Finalidade.....	21
3.2 MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO.....	22
3.2.1 Mérito e legalidade.....	23
3.3 DISCRICIONARIEDADE E MÉRITO.....	24
3.3.1 Conveniência.....	26
3.3.2 Oportunidade.....	27
4. CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.....	29
4.1 EXTENSÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL.....	31
4.2 TÉCNICAS DE CONTROLE.....	32
4.2.1 Teoria do desvio de poder ou desvio de finalidade.....	33
4.2.2 Teoria dos motivos determinantes.....	34

5.	OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO LIMITES À DISCRICIONARIEDADE.....	37
5.1	PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	39
5.2	PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE.....	41
5.3	PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.....	42
5.4	PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	43
5.5	PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	44
5.6	PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO.....	46
5.7	PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.....	48
5.8	PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.....	49
5.9	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	51
6.	CONCLUSÃO.....	53
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	55

RESUMO

O objetivo da presente monografia é analisar a possibilidade do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, além da extensão dos limites de tal controle. Para tanto, esclarece-se que a atividade da Administração Pública deve estar pautada nos princípios constitucionais, obedecidos os valores consagrados na Constituição, independente de tratar-se de uma atividade vinculada ou discricionária. Com vistas a alcançar o objetivo a que pretende, estuda-se, ainda, os conceitos de discricionariedade, legalidade e mérito, imprescindíveis para a compreensão do alcance do controle jurisdicional. Faz-se, também, uma breve análise dos elementos do ato administrativo, tendo em vista identificar sobre quais elementos estará presente a discricionariedade, a fim de se possibilitar o controle jurisdicional do ato administrativo, e quais serão os elementos puramente vinculados, sobre os quais não se consagra a possibilidade de exame do Poder Judiciário.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública, no exercício de sua atividade com vistas a atingir os fins do Estado, pratica uma série de atos. O trabalho que se apresenta tem a finalidade de colher informações sobre a discricionariedade administrativa e as formas pelas quais o Poder Judiciário a controla, em especial quando confrontado com o ato administrativo advindo de uma atividade discricionária.

Sabendo tratar-se de um tema complexo e extenso, eis que discutido há muito na doutrina, é importante esclarecer que não se tem o intuito de esgotá-lo, até mesmo porque não haveria possibilidade de fazê-lo em uma monografia de final de curso de graduação.

A atividade administrativa deve, imprescindivelmente, estar fundada na existência de prévia previsão legal, pois à Administração Pública só é permitido fazer o que está expresso e autorizado em lei. Esta é a expressão do princípio da legalidade, vértice fundante da atividade administrativa em um Estado Democrático de Direito.

Além disso, no decorrer da exposição, verificar-se-á que não é apenas a lei, em sentido formal, que vincula a atividade do administrador. O entendimento do princípio da legalidade em sentido amplo abrange a obediência ao ordenamento jurídico como um todo, incluindo a noção princípios gerais do Direito, e, nestes, os princípios constitucionais administrativos, que irão limitar o agir da Administração Pública, ainda que se trate de uma atividade discricionária.

Para haver possibilidade da efetivação do controle dos atos não vinculados pelo Poder Judiciário, há que se observar, primeiramente, os fundamentos constitucionais que o justificam, partindo-se do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O primeiro capítulo contém uma análise a respeito da discricionariedade administrativa, buscando distingui-la dos elementos que a ela estão intrinsecamente ligados, como a vinculação, a arbitrariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. A

partir de então, torna-se possível analisar os elementos que compõem o ato administrativo.

O estudo do ato administrativo discricionário depende da compreensão do exato significado dos seus elementos e da presença ou não da discricionariedade em cada um deles. Esta apreciação ficou reservada para o segundo capítulo do presente trabalho, apresentando-se as principais divergências doutrinárias relacionadas ao aspecto examinado.

A questão referente ao controle jurisdicional da Administração Pública será tratada no terceiro capítulo, sendo analisados a extensão e os limites deste controle, especialmente no que concerne aos atos advindos de uma atividade discricionária, abordando-se, ao final, as técnicas de controle mais em voga na doutrina. Por fim, demonstrou-se a técnica dos princípios constitucionais-administrativos como limitadores da discricionariedade, e as diversas exposições doutrinárias relativas ao tema.

2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Para o estudo a seguir, é primordial que se tenha como ponto de partida a noção de submissão da atuação estatal à lei. Tanto na atividade vinculada como na atividade discricionária da Administração Pública, percebe-se a necessidade de lei que autorize e justifique tal atuação.

Como bem ressalta MORAES, a origem da discricionariedade administrativa remonta ao Estado Liberal, em que havia identidade absoluta entre o Direito e a lei, à época do triunfo e do apogeu do princípio da legalidade, que surgiu para assegurar a supremacia do legislador ordinário em contraposição ao absolutismo monárquico, adquirindo, com o passar dos anos, novas conotações.¹

O conceito de discricionariedade irá depender, diretamente, da maior ou menor abrangência que seja dada ao conteúdo e conceito de legalidade. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO define a discricionariedade da seguinte maneira:

Discricionariedade é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.²

Ressalte-se que a legalidade apresenta conteúdos distintos quando referente à relação entre o comportamento do particular e a lei, e quando referente à relação entre a Administração e a lei. Enquanto na atividade privada é possível fazer tudo o que, em lei, não é proibido, na atividade administrativa só é possível fazer o que é permitido, devendo esta permissão embasar-se em norma legal expressa neste sentido. Neste último caso, não basta que o fato seja não ofensivo ou não contraditório à lei, pois

¹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 27.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 48.

exige-se, além disso, uma relação de subsunção. SEABRA FAGUNDES, resumindo esta idéia, leciona que “administrar é aplicar a lei de ofício”.³

A própria Constituição Federal de 1988 faz esta distinção, assegurando aos particulares, no art. 5º, II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, prevendo, em contrapartida, o art. 37, que a Administração Pública há que se sujeitar, entre outros, ao princípio da legalidade.

Segundo TALAMINI, só pode haver aplicação da norma se for verificado no caso concreto a exata subsunção, ou seja, “se as características presentes na situação fática se identificarem com as características enunciadas no conceito fornecido pela norma jurídica”.⁴

DI PIETRO conclui que “os poderes que exerce o administrador público são **regrados** pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade”.⁵

Vale lembrar que há divergência quanto à terminologia utilizada para tratar do assunto. No estudo da discricionariedade, em geral, utilizam-se as expressões poder discricionário, atividade discricionária, ato discricionário. Segundo menciona MEDAUAR, alguns doutrinadores negam a existência de atos discricionários, admitindo, tão somente, o poder discricionário, citando como exemplo a opinião de WALINE. Elucida, ainda, que na doutrina pátria, SEABRA FAGUNDES e CRETELLA JÚNIOR defendem o uso da expressão “ato discricionário”, pois esta terminologia, para estes autores, já está incorporada na terminologia técnica do Direito Administrativo.⁶ Na opinião da autora, o tema da discricionariedade abrange tanto o poder discricionário como a atividade discricionária e o ato discricionário, que formam três momentos distintos, mas necessariamente ligados entre si. Para MEDAUAR, a diferença entre as expressões é que “o poder discricionário é uma faculdade, a

³ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 17.

⁴ TALAMINI, Danicle Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 69.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 205.

⁶ MEDAUAR, Odete. *Poder discricionário da administração*. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 610, p. 39-45, ago-1986, p. 39.

atividade discricionária é o exercício das funções com utilização do poder discricionário, enquanto o ato administrativo discricionário é o resultado do exercício desse poder, seu resultado concreto”.⁷

A justificativa da existência da discricionariedade pode-se dar com fundamento em um critério jurídico ou no critério prático. Conforme salienta DI PIETRO, o critério jurídico se fundamenta em Hans Kelsen, na teoria da formação do Direito por degraus: “considerando-se os vários degraus pelos quais se expressa o Direito, a cada ato acrescenta-se um elemento novo não previsto no anterior; esse acréscimo se faz com o uso da discricionariedade; esta existe para tornar possível esse acréscimo”.⁸ Pelo critério prático, a discricionariedade justifica-se pela impossibilidade de o legislador prever todas as possíveis situações que o administrador terá de enfrentar na prática, pois a dinâmica do interesse público termina por exigir maior flexibilidade nesta atuação. É o que CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO colocou como *impossibilidade material*⁹ de o legislador prever todas as situações.

Já o professor QUEIRÓ justifica a discricionariedade como *inviabilidade jurídica*¹⁰, defendendo que seria impossível a supressão da discricionariedade no Estado de Direito fundado na tripartição dos poderes, pois o legislador estaria invadindo a esfera de atuação administrativa, o que lhe é defeso. Conforme salienta o autor, “há, porém, um limite para a determinação dos conceitos utilizados pelas normas, além do qual não há o legislador que, enquanto tal, possa ir, sob pena de passar da abstração à individualização, da norma abstrata à ordem individualizada: quer dizer, sob pena de abandonar o objetivo próprio do Estado de Direito”.¹¹ Haveria, portanto, impossibilidade lógica de o legislador obstar a discricionariedade.

⁷ Idem.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 205.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 824.

¹⁰ Idem.

¹¹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A teoria do desvio de poder em direito administrativo*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. VI, p. 40-78, out. 1946, p. 57.

2.1 DISCRICIONARIEDADE E ARBITRARIEDADE

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO retrata a atividade administrativa como sendo fundamental e essencialmente uma atividade sublegal, infralegal, já que a relação existente entre a Administração e a lei é não apenas uma relação de não contradição, mas também uma relação de subsunção, de tal sorte que todo o desempenho discricionário só poderá existir como um poder “infra” legal e estritamente dependente da lei, subordinado a ela.¹²

Como expõe DI PIETRO, a arbitrariedade encontra-se do outro lado da linha que demarca o limite da discricionariedade, sendo que aquela é a liberdade que ultrapassa os limites da lei; enquanto esta é a liberdade de ação exercida nos limites da lei.¹³

Neste sentido, o professor FRANÇA afirma que a arbitrariedade não se confunde com a discricionariedade. Enquanto a utilização do poder discricionário pressupõe a estrita obediência aos parâmetros ditados em lei e a correta subsunção do caso concreto às categorias legais, na arbitrariedade o poder público exorbita a esfera de sua competência e faz uso de instrumentos proibidos ou inadequados no cumprimento da finalidade legal, ou até mesmo ignora-o, seguindo finalidades estranhas ao interesse público.¹⁴

O professor FREITAS analisa que a vinculação não se dá apenas e inteiramente com relação ao princípio da legalidade, pois há subordinação dos atos administrativos também aos princípios jurídicos. Segundo este autor, “a discricionariedade não vinculada aos princípios é, por si só, arbitrariedade”.¹⁵

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade...*, op. cit., p. 12.

¹³ DI PIETRO. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67.

¹⁴ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 222, p. 97-116, out. 2000, p. 102.

¹⁵ FREITAS, Juarez. *Os atos administrativos e a discricionariedade vinculada aos princípios*. In: Estudos de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 126.

2.2 DISCRICIONARIEDADE E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

A relação entre a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados vem se tornando tema de relevância crescente no direito administrativo brasileiro, não estando, entretanto, perfeitamente esclarecida.

De acordo com as lições de COELHO, o Direito busca descrever ou prescrever regras de comportamentos e, por isso, são da essência da linguagem do Direito a generalidade e a abstração. Por meio destas é que se torna possível compatibilizar-se a linguagem comum com o discurso jurídico, caracterizado pelo emprego de signos imprecisos, vagos ou fluidos.¹⁶

Não há como, salienta CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, conceber nem apreender racionalmente a noção de discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem do sistema legal como um todo. E, adiante, expõe que, “a imprecisão das noções práticas vazadas no pressuposto ou na finalidade legal *é sempre relativa. Nunca existe imprecisão absoluta*, por mais vagas e fluidas que sejam as noções manipuladas pela lei”.¹⁷ Em especial no sistema de normas, existem referenciais que sempre permitirão reduzir a fluidez das palavras vagas a um mínimo. E afirma que a lei, ao se valer de conceitos, “separa e isola objetos de pensamento para firmar correlações. Segue-se que identifica fatos indicados como pressupostos e valores que aponta como finalidades”.¹⁸

No mesmo sentido, CONCEIÇÃO explica:

Em não podendo singularizar, em um determinado momento, um destinatário e uma situação, pesa a favor do legislador a introdução de termos vagos, imprecisos ou indeterminados, advindos da linguagem comum. Isto porque eles podem albergar um maior número de casos, sendo passíveis de determinação no momento da sua aplicação a um caso concreto,

¹⁶ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 98.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 16 ed., op. cit., p. 832.

¹⁸ *Ibid.*, p. 833.

por meio da interpretação, conforme pretendemos enfatizar no momento apropriado.¹⁹

Este também é o pensamento trazido por MORAES.²⁰ Em suas palavras, “a distinção entre conceitos jurídicos determinados e indeterminados ora se faz em função do grau de imprecisão das palavras e expressões, ora em função da qualidade. Para alguns, a diferença entre esses conceitos é qualitativa e não quantitativa”.²¹ É possível, de acordo com a autora, identificar nas normas jurídicas, conceitos que demandam, durante sua aplicação, um processo de “densificação” (ou preenchimento semântico), realizado por meio de uma valoração e, a par destas, normas jurídicas que independem deste processo decisório mais complexo de complementação do significado em cada caso concreto. Estas seriam a representação dos conceitos jurídicos determinados. Aquelas, os conceitos jurídicos indeterminados.

Percebe-se, desta maneira, que as normas jurídicas, em seus enunciados, podem descrever tanto os conceitos jurídicos determinados como conceitos indeterminados. Podem trazer conceitos unissignificativos, com sentido unívoco, que apresentem conotação e denotação precisas, ou conceitos plurissignificativos, possuidores de certa imprecisão e de alguma fluidez.²²

DI PIETRO esclarece que embora a expressão “conceito jurídico indeterminado” seja bastante criticável, tornou-se consagrada na doutrina de vários países. No Brasil, é empregada com a finalidade de “designar vocábulos ou expressões que não têm um sentido preciso, objetivo, determinado, mas que são encontrados com grande frequência nas normas jurídicas dos vários ramos do Direito. Fala-se em boa-fé, bem comum, conduta irrepreensível, pena adequada, interesse público, ordem pública, notório saber, notória especialização, moralidade, razoabilidade e tantos outros”.²³

¹⁹ CONCEIÇÃO, Márcia Domingues Nigro. *Conceitos jurídicos indeterminados na constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 1999, p. 33.

²⁰ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle...*, op. cit., p. 62.

²¹ *Ibid*, p. 63.

²² MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 16 ed, op cit, p. 826. Para o autor, os conceitos unissignificativos utilizados na norma jurídica representam a marca da vinculação, enquanto a discricionariedade é identificada na utilização de conceitos plurissignificativos, vagos ou imprecisos, pela norma jurídica.

²³ DI PIETRO. *Discricionariedade...*, op. cit, p. 97.

A discricionariedade e o emprego de conceitos verdadeiramente indeterminados são técnicas legislativas refletoras da abertura das normas jurídicas, que ficam carecedoras de complementação até o momento de sua aplicação no caso concreto.

Com relação à doutrina brasileira, esta se encontra basicamente dividida em duas posições no que concerne aos conceitos jurídicos indeterminados, sendo tais idéias sintetizadas pela eminente jurista DI PIETRO:

1. a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração, porque, diante deles, a Administração tem de fazer um trabalho de interpretação que leve a uma única solução válida possível;
2. a dos que acham que eles podem conferir discricionariedade à Administração, desde que se trate de conceitos de valor, que impliquem a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, afastada a discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou conceitos técnicos, que não admitem soluções alternativas.²⁴

Como representante da primeira corrente, pode-se destacar o professor GRAU, e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO como defensor da segunda. No entender de GRAU, “a discricionariedade resulta de uma expressa atribuição legal à autoridade administrativa, e não da circunstância de os termos da lei serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receber especificações diversas.”²⁵ Esclarece o jurista em análise, ainda, que “no exercício da discricionariedade o sujeito cuida da emissão de **juízos de oportunidades**, na eleição entre indiferentes jurídicos, e na aplicação de conceitos indeterminados o sujeito cuida da emissão de **juízos de legalidade**”.²⁶

Já para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a razão pela qual a lei instituiu a discricionariedade reside “simultaneamente, no intento legislativo de cometer ao administrador o encargo, o dever jurídico, de buscar identificar e adotar a solução apta para, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei e na inexorável contingência *prática* de servir-se de conceitos pertinentes ao mundo do

²⁴ DI PIETRO. *Discricionariedade...*, op. cit, p. 131.

²⁵ GRAU, Eros Roberto. *Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade*. In: O direito posto e o direito pressuposto. Rio de Janeiro, Malheiros, 1996, p. 146.

²⁶ GRAU, Eros Roberto. *Poder discricionário*. In: Revista de Direito Público. São Paulo, vol. 93, p. 41-46, jan. 1990, p. 43.

valor e da sensibilidade, os quais são conceitos vagos, fluidos ou imprecisos”.²⁷ Para este autor, os conceitos jurídicos indeterminados formam, em conjunto com o mérito, a noção de discricionariedade, mas que o administrador, na interpretação e aplicação da norma, não poderá atribuir aos conceitos vagos ou imprecisos constantes na lei um conteúdo diverso do que é reconhecido socialmente. Isto porque “(...) a liberdade acarretada pela circunstância de haver a lei se servido de expressões vagas, fluidas ou imprecisas não pode ser utilizada de maneira a depreender-se do campo significativo mínimo que tais palavras recobrem, isto é, das chamadas ‘zonas de certeza positiva’ e ‘certeza negativa’, nem do significado social imanente nas palavras legais das quais resultou tal liberdade”.²⁸

2.3 DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO

Este tema é bastante tratado na doutrina pátria, sendo que os autores, tradicionalmente, trabalham com a idéia de discricionariedade em contraposição à de vinculação. Tal distinção será proveitosa para o desarmar do tema principal do trabalho, em especial na referência à extensão do controle jurisdicional dos atos administrativos.

Seguindo, primeiramente, a linha de raciocínio de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a distinção entre o ato vinculado e o discricionário reside no fato de que, em relação àquele, não há nenhuma liberdade atribuída à Administração, pois o comportamento a ser adotado foi previamente especificado em lei. Já no ato discricionário a lei atribui uma certa margem de liberdade de atuação para o administrador, que poderá adotar a que lhe pareça ser a melhor medida frente às circunstâncias concretas. “Esta relativa liberdade, ora enseja-lhe *praticar ou não praticar o ato* diante daquela situação (que é o que se passa quando a lei diz ‘pode’ ao invés de ‘deve’), ora outorga-lhe competência para ajuizar sobre o *momento adequado*

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 16 ed., op. cit, p. 826.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Relatividade da competência discricionária*. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol.212, abr. 1998, p. 51.

para fazê-lo, ora permiti-lhe uma *opção quanto à forma* que revestirá o ato, ora finalmente, autoriza-o a decidir sobre a providência a ser tomada, entre *pelo menos duas alternativas* abertas pela norma aplicanda”.²⁹

De maneira inversa, quando a lei regular a conduta do administrador prevendo de antemão “e em *termos estritamente objetivos, aferíveis objetivamente, quais as situações de fato* que ensejarão o exercício de uma dada conduta e determinando, em seguida, de modo completo, *qual o comportamento único* que, perante aquela situação de fato, tem que ser obrigatoriamente tomado pelo agente. Neste caso, diz-se que existe vinculação (...)”.³⁰

HARGER acrescenta que

a vinculação ocorre quando a norma, que confere competência à Administração, já determina, de modo preciso, o único comportamento a ser exercido pelo agente público diante da ocorrência, *in concreto*, da hipótese abstrata por ela prevista. (...). Nesse caso, o administrador não dispõe de liberdade alguma, pois a lei já regulou em todos os seus aspectos o comportamento a ser adotado. Não há qualquer espaço para a emissão de um juízo subjetivo”.³¹

MEDAUAR explica que a atividade discricionária ocorre quando a norma tenha deixado um campo de liberdade a ser preenchido de acordo com aspectos subjetivos do administrador, e baseado em critérios de conveniência e oportunidade.³² E a lei adota essa posição com o objetivo de disciplinar determinada matéria, mas sem limitar de maneira excessiva o administrador.³³ É importante ressaltar que a discricionariedade não surge diante da simples existência de possibilidade de escolha de duas condutas diversas no caso concreto, mas diante da determinação desta competência em um dispositivo legal.

CRETELLA JÚNIOR define como vinculados os atos administrativos “que se concretizam pela vontade condicionada ou cativa da Administração, obrigada a

²⁹ MEILLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade...*, op. cit., p. 17.

³⁰ Ibid., p. 16.

³¹ HARGER, Marcelo. *A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados*. In: Revista de Direito Administrativo Aplicado. Curitiba, v. 1, n. 1, p. 287-314, abr. 1994, p. 290.

³² MEDAUAR, Odete. *Poder...*, op. cit., p. 42..

³³ HARGER, Marcelo. *A discricionariedade...*, op. cit., p. 291.

manifestar-se positivamente, desde que o destinatário ou interessado, no caso, tenha preenchido todos os requisitos fixados ‘a priori’ pela lei”.³⁴ Este autor, citando TÁCITO, escreve que “não há, rigorosamente, nenhum ato totalmente vinculado ou totalmente discricionário. Existem matizes de predominância, mais ou menos acentuadas, dando relevo à parte livre ou à subordinada da manifestação administrativa. O equívoco da doutrina clássica estava em considerar o ato administrativo como um todo indivisível e, sob essa unidade, qualificá-lo em uma ou outra daquelas categorias”.³⁵ Exemplos de ato discricionário seriam: autorização (ato administrativo pelo qual se permite ao particular o exercício de uma atividade que, sem tal permissão, seria proibida³⁶); o momento de se efetuar o tombamento de bens da propriedade privada, entre outros tantos.

DI PIETRO diz que quando o poder da Administração é vinculado, significa que a lei não deixou opções. “Ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que diante de um poder vinculado, o particular tem um **direito subjetivo** de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial”.³⁷ Em outros casos, a lei deixa uma margem de decisão diante do caso concreto, permitindo a adoção, pelo administrador, de uma ou outra hipótese com base em critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, porque não definidos pelo legislador. “Daí porque se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser **arbitrária**, ou seja, contrária à lei”.³⁸

Para concluir, é relevante a opinião de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO sobre a justificativa para a previsão da discricionariedade pelo legislador. Para este autor, “a discricionariedade só existe nas hipóteses em que, perante a situação vertente, seja impossível reconhecer de maneira pacífica e incontrovertível qual a

³⁴ CRETTELLA JÚNIOR, José. *Dos atos administrativos especiais*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 157.

³⁵ Ibid, p. 158.

³⁶ Ibid, p. 160.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 205.

³⁸ Idem.

solução idônea para cumprir excelentemente a finalidade legal. Ou seja: naquelas em que mais de uma opinião for razoavelmente admissível sobre a medida apropriada para dar a melhor satisfação ao objetivo da lei. Em suma, está-se aqui a dizer que a discricionariedade é pura e simplesmente o fruto da finitude, isto é, da limitação da mente humana”.³⁹

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 16. ed., op. cit., p. 823.

3. O ATO ADMINISTRATIVO

DI PIETRO parte das três características essenciais da função administrativa para definir o ato administrativo, quais sejam: parcialidade, concretude e subordinação. É parcial porque o órgão que exerce a função administrativa é parte nas relações jurídicas que decide, diferentemente da função jurisdicional. É concreta porque aplica a lei aos casos concretos, já que ausentes a generalidade e abstração próprias da lei. É subordinada porque sujeita a controle jurisdicional. Além disso, deve conter uma declaração de vontade produtora de efeitos jurídicos. Assim, define a autora o ato administrativo como “a declaração do Estado ou de quem o representante, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.⁴⁰

Importante constatar que não são todos os atos praticados pela Administração Pública que podem ser considerados “atos administrativos”.

Há atos praticados pela Administração que não são atos administrativos por estarem regidos pelas regras de Direito Privado, o que ocorre, por exemplo, nos contratos de locação, compra e venda, etc. Além disso, os atos materiais, “que não contêm manifestação de vontade, mas que envolvem apenas execução”,⁴¹ também não são considerados atos administrativos, como é o caso da apreensão de uma mercadoria, do ministério de uma aula. Conforme CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, tratando deste aspecto, “... de um lado, nem todo ato da Administração é ato administrativo e, de outro lado, nem todo ato administrativo provém da Administração Pública”.⁴²

Segundo DI PIETRO, a noção de ato administrativo só começou a fazer sentido a partir do momento em que se tornou nítida a separação de funções (separação de poderes), subordinando-se cada uma delas a um regime jurídico específico. Afirma

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit, p. 189.

⁴¹ *Ibid.*, p. 184.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 3.

a jurista ora citada que a noção de ato administrativo só existe nos países em que se reconhece a existência de um **regime jurídico-administrativo**, a que se sujeita a Administração Pública, diverso do regime de direito privado. “Onde não se adota esse regime, como nos sistemas da *common law*, a noção de ato administrativo, tal como a conhecemos, não é aceita”.⁴³

CRETELLA JÚNIOR, define o ato administrativo como “a manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa”.⁴⁴

3.1 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Tendo em vista que o objetivo da presente pesquisa é a possibilidade do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário, faz-se necessário analisar brevemente os elementos do ato administrativo para que, após, seja possível concluir sobre quais elementos do ato haverá de ser feito tal controle.

Há que se registrar a imensa divergência doutrinária sobre os elementos do ato administrativo. Alguns autores discordam quanto à expressão a ser utilizada, sendo que alguns chamam de “elementos”, outros de “requisitos”. Mas a maioria dos autores prefere empregar tais vocábulos como sinônimos.⁴⁵ Há divergência, ainda, quanto à identificação e à quantidade dos elementos. Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO “... a divergência (ou, pelo menos, parte dela) procede ora de discordâncias terminológicas, ora de que, por vezes, os autores englobam em um único elemento aspectos que em outros autores encontram-se desdobrados”.⁴⁶ Este mesmo autor prefere separar os elementos (considerados a “realidade intrínseca do ato”), que

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 185.

⁴⁴ CRETILLA JÚNIOR, José. *Do ato administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 19.

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 195.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 16 ed., op. cit., p. 357.

seriam o conteúdo e a forma do ato, dos pressupostos (exteriores ao ato), subdividindo-os em pressupostos de existência (objeto e pertinência com o exercício da função administrativa) e pressupostos de validade (sujeito, motivo, finalidade, causa e formalização). Para ele, não há ato algum se inexistirem os elementos, sem os pressupostos de existência o ato não se qualifica como ato administrativo e, na ausência dos pressupostos de validade, não há ato administrativo válido.⁴⁷

CRETELLA JÚNIOR considera os elementos concernentes à existência do ato, porque indispensáveis para a sua validade, enquanto os requisitos seriam os elementos acrescidos de características suficientes para produção de efeitos jurídicos. Assim, enquanto agente, forma e objeto seriam elementos do ato, a capacidade, licitude e a forma prescrita ou não defesa em lei seriam requisitos para que o ato possa produzir efeitos jurídicos.⁴⁸

A lei 4.717 de 29 de Junho de 1965, conhecida como Lei da Ação Popular, menciona, no seu art. 2º, ao tratar do atos nulos, quais os cinco elementos do ato administrativo, quer sejam: competência, forma, objeto, motivo e finalidade, como pode ser observado:

Art. 2º. São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

DI PIETRO adota esta orientação dada pela lei, apenas divergindo quanto ao elemento competência. Ao contrário da lei, a autora prefere fazer referência ao sujeito do ato, pois este, além de competente, deve ser capaz para a prática do ato. Assim,

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 16 ed, op. cit., p. 359-360.

⁴⁸ CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 15 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 251.

conforme defende, os elementos do ato administrativo são sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.⁴⁹ Para os fins deste trabalho, esta será a consideração adotada.

3.1.1 Sujeito

O elemento sujeito refere-se à pessoa que pratica o ato, isto é, que tem a competência atribuída por lei para praticá-lo. Há autores que apresentam outras formas de denominar este elemento. CRETELLA JÚNIOR prefere a expressão manifestação de vontade. MEIRELLES, por outro lado, chama de competência. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO denominou de causa agente ou eficiente principal do ato administrativo, representada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes (pessoa jurídica ou, excepcionalmente, pessoa física).⁵⁰

No que tange à identificação ou não da discricionariedade no elemento sujeito, a doutrina é praticamente unânime no sentido de entender que neste aspecto o ato será sempre vinculado, pois só poderá praticar o ato aquele que tem competência atribuída por lei para este fim, observando, assim, o art. 61, §1º, II, CF/88. Segundo DI PIETRO, a competência decorre sempre de lei, é inderrogável (porque conferida em benefício do interesse público) e pode ser objeto de delegação ou avocação, desde que tal competência não tenha sido conferida pela lei a determinado órgão ou agente com exclusividade.⁵¹

3.1.2 Objeto

O objeto pode ser entendido como a injunção prática que o ato administrativo visa acarretar, ou seja, é o efeito jurídico imediato que o ato produz. “O objeto do ato

⁴⁹ DI PIETRO. *Direito...*, op. cit, p. 196.

⁵⁰ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, vol. I, p. 493.

⁵¹ DI PIETRO. *Direito...*, op. cit, p. 198.

está na modificação, que por meio dele se vise trazer à ordem jurídica”.⁵² Analisando-se o disposto no ato administrativo (o que o ato prescreve) é possível identificar o seu objeto, que sempre deverá ser lícito.

Na doutrina há divergências a respeito deste elemento. Há autores que distinguem o objeto do conteúdo do ato, como CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO e RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA.

Segundo HELY LOPES MEIRELLES, o objeto é o elemento correspondente à “criação, modificação, ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público”.⁵³

A doutrina sustenta, ainda, que o núcleo da discricionariedade encontra-se no elemento ora em voga, especialmente devido ao juízo de conveniência que incide sobre o objeto do ato, isto é, o conteúdo do provimento estatal.⁵⁴ No mesmo sentido, TÁCITO afirma que se não houver previsão de uma obrigação certa de fazer ou não fazer na lei, caberá ao administrador decidir sobre a oportunidade e conveniência da edição do ato.

DI PIETRO esclarece que o objeto do ato poderá ser vinculado ou discricionário. Será vinculado quando a lei previr apenas uma possibilidade para se alcançar um fim colimado. Por outro lado, quando existirem vários objetos possíveis para atingir o mesmo fim, haverá discricionariedade, desde que sejam todos eles válidos perante o direito.⁵⁵ Um exemplo é quando a lei prevê, para a mesma infração, várias possibilidades de punição, como suspensão, multa ou demissão.

Segundo MEDAUAR, “o poder discricionário também se reflete na determinação do objeto do ato; para Caio Tácito, a livre determinação do objeto é o núcleo do poder discricionário”.⁵⁶ Conforme este autor mencionado, o objeto deve ser

⁵² FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 23.

⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 103.

⁵⁴ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação...*, op. cit., p. 104.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, ob. cit., p. 209.

⁵⁶ MEDAUAR, Odete. *Poder...*, op. cit., p. 42.

lícito e possível para que o ato administrativo não seja rejeitado, considerado ato administrativo inválido.⁵⁷

3.1.3 Forma

Com relação a este elemento também há divergências doutrinárias, em especial no que tange a abrangência do conceito.

Conforme as lições de DI PIETRO, há duas concepções sobre a forma como elemento do ato administrativo. A primeira é uma concepção restrita, tratando a forma como a exteriorização do ato, ou o modo pelo qual o ato administrativo se dá a conhecer. Já a concepção ampla entende que o conceito de forma inclui todas as formalidades a serem observadas na formação de vontade da Administração, além dos requisitos de publicidade do ato. A autora considera que o procedimento administrativo (concepção ampla) integra o conceito de forma.⁵⁸

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO define-a como “revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência”.⁵⁹ Verifica-se, assim, que o autor adota a concepção restrita do conceito de forma.

No que tange à existência ou não da discricionariedade neste elemento, DI PIETRO defende que a forma dos atos geralmente é vinculada, porque a lei define-a previamente. Entretanto, quando a lei não impor antecipadamente determinada forma, ou quando previr mais de uma maneira possível para o atingimento dos efeitos jurídicos pretendidos, a forma haverá de ser discricionária.

⁵⁷ TÁCITO, Caio. *Abuso de poder administrativo no Brasil*. In: *Temas de direito público (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro, vol. 1, p. 39-70, 1997, p. 51.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 200-201.

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 13 ed, p. 351.

3.1.4 Motivo

O motivo é o pressuposto de fato (conjunto de circunstâncias que levam a Administração a praticar o ato) e de direito (norma legal) em que o ato administrativo se fundamenta.

MEIRELLES afirma que o motivo compreende tanto os pressupostos fáticos como também os pressupostos jurídicos que autorizaram a edição e a concretização do ato.⁶⁰

A doutrina, em geral, faz a importante observação que motivo do ato não se confunde com motivação. Enquanto o motivo é o fundamento do ato, a motivação é a exposição dos motivos, ou seja, “a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato geralmente existiram”.⁶¹

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO considera a motivação um requisito formalístico do ato administrativo, porque traz a fundamentação em que se baseiam os motivos. Esta exposição dos motivos deveria conter a exposição da norma legal, os fatos justificadores do ato e, em diversas vezes, obrigatoriamente, a enunciação da pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado.⁶²

Conforme as lições de DI PIETRO, existirá discricionariedade no motivo quando este não for definido em lei, que deixa a critério da Administração, e também quando a lei fizer a definição dos motivos por meio dos conceitos jurídicos indeterminados. Esclarece, também, que “não há invasão do mérito quando o Judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que precedem a elaboração do ato”.⁶³

Importante expor a lição de FRANÇA, que ensina que “embora o motivo fático possa constituir elemento discricionário, o motivo legal será sempre vinculado”.⁶⁴

⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, 20 ed., op. cit., p. 136.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito...*, op. cit., p. 203.

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 16 ed., op. cit., p. 367.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito...*, op. cit., p. 616.

⁶⁴ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação...*, op. cit., p. 104.

3.1.5 Finalidade

Finalidade é o resultado que o administrador pretende alcançar com a prática do ato. Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, é o bem jurídico objetivado pelo ato. É o resultado previsto legalmente como correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele *comportados*.⁶⁵

Para DI PIETRO, o objeto é o efeito jurídico imediato produzido pelo ato, enquanto a finalidade é o efeito jurídico mediato. É diversa do motivo, pois enquanto este antecede à prática do ato, a finalidade o sucede, porque corresponde a algo que a Administração quer alcançar com a sua edição.⁶⁶

Não há unanimidade doutrinária no que concerne à existência da discricionariedade neste elemento.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, reconhecendo contrariar a opinião da doutrina e jurisprudência majoritárias no Brasil, entende que pode existir uma certa margem de liberdade na finalidade do ato. Segundo ele, o fim é sempre vinculante, porque se refere ao interesse público, mas a qualificação e apreciação do significado de interesse público irão, em parte, depender de um juízo discricionário a ser feito pelo administrador. Assim, “já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há *ato propriamente discricionário*, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, sempre será vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos”.⁶⁷

DI PIETRO ensina que a finalidade seria um elemento discricionário quando a lei a ela se referir fazendo uso de expressões vagas e imprecisas, como ordem pública, moral, segurança e bem-estar. Isto ocorrerá quando a noção de finalidade coincidir com a de interesse público. Entretanto, quando o conceito de finalidade for restrito, correspondente ao resultado decorrente da lei, este elemento será sempre vinculado:

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 16 ed, op. cit., p. 370.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito...*, op. cit., p. 202.

⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 16. ed., op. cit., p. 394.

para cada ato administrativo previsto na lei, haverá uma finalidade específica que não pode ser contrariada. Por exemplo, quando a lei previr a demissão como finalidade de um ato, o fim colimado será sempre o de punir o infrator.

Por outro lado, MEIRELLES entende a finalidade como um elemento a ser sempre vinculado no ato, pois o que se deve perquirir com a prática de qualquer ato administrativo – discricionário ou regrado – é a finalidade pública, já que o Direito Positivo não admite ato administrativo desviado de sua finalidade específica.⁶⁸

3.2 MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

Na doutrina atual, não está, ainda, consolidado o significado da expressão “mérito do ato administrativo” e tampouco a sua extensão. Geralmente os autores comentam a respeito quando tratam do tema da discricionariedade, sem, entretanto, disporem especificamente sobre o tema.

A importância de se conceituar o mérito do ato administrativo está no fato de que, dependendo da extensão que seja dada ao conceito, sendo esta ampla ou restrita, decorrerá maior, menor ou nenhuma parcela de possibilidade de revisão do ato administrativo pelo Poder Judiciário.⁶⁹

A expressão “mérito” pode ser entendida em sentidos diversos, conforme o campo de atuação do Direito em que esteja presente. Segundo MARQUES, “na técnica processual moderna, o mérito da causa é a própria lide, ou seja, o fundo da questão substancial controvertida”.⁷⁰ Para CRETELLA JÚNIOR, é a própria situação litigiosa contida no processo de conhecimento, contrapondo-se a questões preliminares ou prejudiciais, sendo só excepcionalmente não conhecida pelo juiz. Entretanto, lembra

⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, 19. ed., ob. cit., p. 135.

⁶⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *O mérito do ato administrativo*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 79, p. 23-37, jan. 1965, p. 24.

⁷⁰ MARQUES, José Frederico. *Curso de direito processual civil*. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. I, p. 637.

este autor que a situação será diversa quando o mérito referir-se ao ato administrativo, pois neste caso significará o conjunto oportunidade e conveniência do ato.⁷¹

SEABRA FAGUNDES coloca que no processo civil, o mérito é entendido como o conteúdo substancial da lide, enquanto no direito administrativo constitui um elemento que eventualmente poderá compor o ato administrativo.⁷² Assim, depreende-se que o mérito processual está relacionado ao tema central discutido numa lide, e será decidido pelo juiz, enquanto, por outro lado, o mérito administrativo significa a margem de liberdade conferida ao administrador para, diante do caso concreto, sendo prevista mais de uma possibilidade válida para se atingir a finalidade do ato, escolher qual ele crê ser a melhor para atender o interesse público.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO defende que “o mérito do ato administrativo não pode ser mais que o círculo de liberdade indispensável para avaliar, no caso concreto, o que é conveniente e oportuno à luz do escopo da lei. Nunca será liberdade para decidir em dissonância com este escopo”.⁷³

3.2.1 Mérito e Legalidade

CRETELLA JÚNIOR, fazendo uso das palavras de WALINE, esclarece que “a oposição que se estabelece entre controle da legalidade, permitido ao juiz, e o controle da oportunidade, que lhe é interdito, é, no conjunto, quase exata, mas rigorosamente não. Mais exato é dizer que o Conselho de Estado se recusa a apreciar a oportunidade dum ato administrativo ou de conduta da Administração, a não ser que isso seja imprescindível para apreciar-lhe a legalidade (ou, se prefere, a conformidade com a regra de Direito).”⁷⁴

O citado jurista defende a idéia de que legalidade e mérito não se confundem, pois são entidades de natureza diversa, que designam setores distintos e se movimentam em planos distintos.

⁷¹ CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso...*, op. cit., p. 274.

⁷² FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle...*, op. cit., p. 193.

⁷³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionarietà e controle...*, op. cit., p. 82.

⁷⁴ CRETILLA JÚNIOR, José. *Dos atos...*, op. cit., p. 259.

SEABRA FAGUNDES sintetiza a distinção entre mérito e legalidade de maneira clara e objetiva:

A distinção entre *mérito* e *legalidade* (...) impõe-se em virtude da divisão das funções na vida estatal e da natureza peculiar de cada uma delas. Confiada ao Legislativo a edição do direito e reservada ao Executivo e ao Judiciário a sua execução, nesta segunda fase se atribui ao administrador aplicá-la normalmente e ao juiz dar-lhe aplicação, quando circunstâncias incidentes exijam apurar com profundidade a juridicidade das medidas executórias. (...) Assim, analisada a mecânica do organismo estatal, bem se vê que o campo de atuação do Judiciário é o da estrita aplicação da lei, e o da Administração é o da sua aplicação, em face e em função de interesses públicos e privados. A necessidade de discriminar, na terminologia do Direito Administrativo, esses dois setores – um de atuação sucessiva do Executivo e do Judiciário, outro de atuação exclusiva do Poder Executivo – é que explica a adoção das expressões *legalidade* e *mérito*. Aquela definindo o âmbito de atuação executora, inicialmente competindo à Administração Pública e, posteriormente, em grau de revisão, ao Poder Judiciário; esta outra significando o setor privativo dos órgãos da Administração.⁷⁵

Desta forma, percebemos que o mérito do ato administrativo está regido pela conveniência e oportunidade do ato. Seria a parcela de liberdade atribuída ao administrador para decidir, segundo estes critérios, qual a solução mais adequada para atingir o interesse público. Por outro lado, a legalidade vincula a vontade do administrador à observância estrita da lei, pois estabelece uma ligação indissociável entre a norma de direito e o resultado do ato. E, de acordo com CRETELLA JÚNIOR, “se alguma fração do *mérito*, por menor que fosse, se entrelaçasse, confundindo-se com a *legalidade*, estas duas entidades perderiam sua razão de ser, ou a *noção* de legalidade, nos setores comuns, sobrepujaria a *noção de mérito*”.⁷⁶

3.3 DISCRICIONARIEDADE E MÉRITO

SEABRA FAGUNDES leciona que o mérito está no sentido político do ato administrativo, pois se refere às normas de boa administração, compreendendo os

⁷⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Conceito de mérito no direito administrativo*. In: *Revista de Direito Administrativo – Edição Histórica dos Cinquenta Anos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 189-203, 1991, p. 200.

⁷⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso...*, op. cit., p. 274.

aspectos concernentes à utilidade, justiça, razoabilidade, equidade, moralidade, entre outros, que envolvem, em grande parte, interesses, e não direito. Daí porque muitos autores resumem-nos a partir do binômio conveniência e oportunidade. Seguindo as lições do douto jurista, “o mérito é a atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, faria obra do administrador, violando, destarte, o princípio da separação e independência dos poderes. Os elementos que o constituem são dependentes de critério político e meios técnicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo, estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional”.⁷⁷

MEIRELLES, na mesma linha, acredita que o mérito administrativo se fundamenta na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pelo administrador quando autorizado por lei a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato.⁷⁸

CRETELLA JÚNIOR acrescenta que “na prática, *in concreto*, o mérito apresenta-se como a ponderação pessoal da autoridade administrativa sobre determinados fatos, que a levam a decidir num sentido ou noutro e, até mesmo, de nada decidir”.⁷⁹

A doutrina brasileira é quase unânime em dizer que só existirá mérito nos atos administrativos decorrentes de competência discricionária.⁸⁰ Isto porque quando a atividade administrativa for vinculada, o aspecto político da atividade estatal (mérito) não terá cabimento, posto já ter sido objeto de apreciação do legislador, pois nestes

⁷⁷ FAGUNDES, Miguel Scabra. *O controle...*, op. cit., p. 127.

⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, 7 ed., op. cit., p. 131.

⁷⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso...*, op. cit., p. 273.

⁸⁰ Esta é a idéia defendida por SEABRA FAGUNDES e acompanhada de vários outros juristas do direito administrativo pátrio. “Pressupondo o mérito do ato administrativo a possibilidade de opção, por parte do administrador, no que respeita ao sentido do ato – que poderá inspirar-se em diferentes razões, de sorte a ter lugar num momento ou noutro, como poderá apresentar-se com este ou aquele objetivo – constitui fator apenas atinentes aos atos discricionários”. E, adiante, continua: “É que, quando a Administração exerce competência estrita, ou seja, quando pratica ato vinculado, já encontra esgotado o conteúdo político (mérito) do processo de realização da vontade estatal. A medida assim tomada já foi objeto de análise e de solução optativa anteriores pelo legislador. O administrador apenas torna efetiva a solução pré-assentada”. FAGUNDES, Miguel Scabra. *Conceito...*, op. cit., p. 193.

atos a lei previamente tipifica o único comportamento possível diante da circunstância objetivamente prevista.

SEABRA FAGUNDES ensina que “inexiste mérito nos atos vinculados sendo elemento privativo dos atos discricionários”.⁸¹

MOREIRA NETO acrescenta:

...se são essas definições, de conveniência e oportunidade, que vão compor o mérito do ato administrativo, a discricionariedade exsurge como meio para que essa função possa ser exercida pela Administração. (...) a discricionariedade é uma técnica jurídica desenvolvida para permitir que a ação administrativa precise um conteúdo de oportunidade e de conveniência que se produza o mérito suficiente e adequado para que se satisfaça um interesse público específico, estabelecido como sua finalidade na norma legal. Em outros e sucintos termos: a discricionariedade é uma técnica e o mérito, o resultado.⁸²

Importante ressaltar a opinião de MORAES neste aspecto: “O mérito pressupõe o exercício da discricionariedade, sem, no entanto, com ela confundir-se, embora constitua seu núcleo, por ser a lídima expressão da autonomia administrativa, insuscetível, quer de pré-fixação pelos elaboradores da norma jurídica, quer de fiscalização pelo Poder Judiciário”. E, mais adiante, indica que “o mérito consiste, pois, nos processos de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras nem por princípios, mas por critérios não positivados”.⁸³

3.3.1 Conveniência

Geralmente os autores abordam o aspecto da conveniência e da oportunidade do ato administrativo em conjunto com o tratamento do mérito ou da discricionariedade do ato administrativo.

⁸¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Conceito...*, op. cit., p. 189.

⁸² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre o limite e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 32.

⁸³ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle...*, op. cit., pp. 49-50.

FREITAS DO AMARAL, citado por MORAES, entende que a conveniência do ato “é a sua adequação ao interesse público, específico que justifica a sua prática ou à necessária harmonia entre o interesse e os demais interesses públicos eventualmente afectados pelo ato”.⁸⁴

MOREIRA NETO, ao tratar brevemente sobre o assunto, defende que a conveniência do ato administrativo estará presente quando a escolha de seu conteúdo jurídico levar à produção de um resultado que, em tese, atende à finalidade para a qual é praticado.⁸⁵

Para SOARES, a conveniência do ato administrativo resulta da apreciação “quanto àquilo que é adequado, justo, razoável, eficaz, apropriado e moral”.⁸⁶ Segundo expõe, mesmo que um ato se ajuste ao campo da legalidade, sendo inconveniente ou inoportuno não será hábil para atender sua finalidade, quer seja, o atendimento do interesse público pelo ordenamento jurídico.

3.3.2 Oportunidade

Assim como a conveniência, a oportunidade do ato administrativo geralmente não recebe tratamento doutrinário específico, pois os autores, em sua maioria, utilizam-na como característica da atividade discricionária.

MORAES afirma que o juízo de oportunidade consiste na “ponderação de interesses múltiplos carecidos de acomodação parcial, em vista do fim de que se propõe na norma atributiva de discricionariedade”.⁸⁷

MOREIRA NETO afirma que o motivo do ato administrativo será oportuno quando bastarem os pressupostos de fato e de direito da sua edição.⁸⁸

⁸⁴ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*, vol. II, Lições aos alunos do Curso de Direito no ano letivo de 1987-1988, policopiado, Lisboa, 1988, p. 154. In: MORAES, Germana de Oliveira. *Controle...*, op. cit. p. 51.

⁸⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade...*, op. cit. p. 51.

⁸⁶ SOARES, José de Ribamar Barreiros. *O controle judicial do mérito administrativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 26.

⁸⁷ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle...*, op. cit., p. 49-51.

⁸⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade...*, op. cit., p. 41.

SOARES coloca que a oportunidade do ato administrativo refere-se ao momento, ou seja, ao melhor tempo para a sua prática diante das circunstâncias envolvidas. Sendo assim, um ato tido por oportuno em determinado momento e circunstância pode revelar-se inoportuno em época e situações diversas.⁸⁹

Há uma importante distinção entre conveniência e oportunidade formulada por FRANÇA, afirmando que enquanto esta é “vinculada ao motivo, à identificação e formação dos pressupostos fáticos e jurídicos que justificam a inserção do ato administrativo no ordenamento jurídico”, a conveniência “incide sobre o objeto do ato, isto é, o conteúdo do provimento estatal”.⁹⁰

⁸⁹ SOARES, José de Ribamar Barreiros. *O controle...*, op. cit., p. 26.

⁹⁰ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação...*, op. cit., p. 104.

4. O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

Ao longo do que foi exposto neste trabalho, já se foi analisando a existência da possibilidade de controle ou não diante dos elementos do ato administrativo, anteriormente analisados. Entretanto, ainda não foi verificada qual a extensão do controle jurisdicional a ser realizado sobre a atividade administrativa discricionária – objetivo deste trabalho – em especial frente aos princípios constitucionais administrativos.

Para FERREIRA, é fundamental “sublinhar-se que a *função de controle*, no âmbito governamental, tem, por titulares, órgãos das diferentes naturezas; e se insere no conceito do exercício dos diferentes *poderes instrumentais* dos Poderes Públicos, inclusive, e com muita relevância, da *jurisdição*”.⁹¹

SEABRA FAGUNDES coloca que “o controle jurisdicional se exerce por uma intervenção do Judiciário no processo de realização do direito. (...) A finalidade essencial e característica do controle jurisdicional é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública”.⁹² E finaliza: “Praticamente no Poder Judiciário está o único elemento fiscalizador das atividades executivas”,⁹³ referindo-se à importância deste controle no Estado brasileiro, que se caracteriza, como regime presidencialista, pela supremacia do Poder Executivo sobre o Legislativo, de acordo com o autor.

Conforme nos ensina MORAES, hoje em dia é reconhecida unanimemente pela doutrina jus-administrativista a possibilidade de controle jurisdicional da aplicação, pela Administração Pública, das normas que contêm conceitos jurídicos indeterminados, assim como daqueles aos quais se atribuem discricionariedade. O problema, afirma a autora, está em identificar a extensão deste controle pelo Poder

⁹¹ FERREIRA, D'Andrea Sérgio. *O controle da administração pública pelo judiciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 390.

⁹² FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle...*, 6 ed., op. cit., pp. 91-92.

⁹³ Ibid., p. 93.

Judiciário, questão que envolve, desde o início, a tensão entre os princípios constitucionais da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação dos poderes.⁹⁴

O fundamento da possibilidade do controle jurisdicional dos atos discricionários praticados pela Administração Pública, conforme expõe a doutrina, está no art. 5º, XXXV da CF, que reza: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” e, cabe observar, ainda, que o princípio da publicidade, consectário do dever de fundamentar as decisões administrativas, viabiliza tal controle.

É imprescindível registrar-se que no Brasil vige o sistema da Jurisdição Una, de forma que um mesmo Poder, o Judiciário, é o responsável para julgar os conflitos entre particulares e também os conflitos que envolvam a Administração Pública como parte. Este sistema contrapõe-se ao da Jurisdição dúplice ou do contencioso administrativo, vigente na França, por exemplo.

CINTRA leciona que “no sistema de jurisdição única, os litígios entre particulares e a Administração Pública são submetidos à justiça comum ou ordinária, integrada no Poder Judiciário. Ao contrário, no sistema da dupla jurisdição, os litígios administrativos são apreciados e julgados, de forma definitiva, por órgãos do Poder Executivo, instituídos ao lado e independentemente do Poder Judiciário, compondo o contencioso administrativo”.⁹⁵

O controle da Administração Pública discutido neste trabalho não representa uma ingerência pura e simples, descabida, do Poder Judiciário em sua atividade; pelo contrário, além de consagrar o princípio da legalidade, ao qual a Administração está sujeita, representa externamente a lógica do princípio da separação de poderes. Como bem entende CAVALCANTI, “não existe no estado de direito nenhum poder absoluto e imune à apreciação de outro poder, quando mais não seja para verificar e afirmar os limites da ação discricionária, de maneira a legitimá-la”.⁹⁶ No mesmo sentido,

⁹⁴ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle....* op. cit., pp. 106-107.

⁹⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 162.

⁹⁶ CAVALCANTI, Themístocles de Brandão. *Do poder discricionário*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 1, p. 1-23, jan. 1945, p. 11. jan-1945

PONTES FILHO acrescenta que a existência de três Poderes do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário – desde que independentes e harmônicos entre si, importa a própria garantia dos direitos individuais. Para o citado autor, “qualquer preponderância de um desses poderes sobre os demais representará, inegavelmente, uma ruptura mais ou menos violenta do sistema democrático e do próprio Estado de Direito, entendido este como o Estado em que a vontade da lei legítima supera a vontade individual do governante”.⁹⁷

4.1 EXTENSÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL

Ao estudar o controle judicial da atividade administrativa discricionária, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO tem como foco central a busca de limites a esta. Por isso, expõe: “Visto que não há como conceber nem como aprender racionalmente a noção de discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem da lei e do sistema legal como um todo – salvante a hipótese de reduzi-la a mero arbítrio, negador de todos os postulados do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro – cumpre buscar os pontos que lhe demarcam a extensão”.⁹⁸

Para SEABRA FAGUNDES

A finalidade essencial e característica do controle judicial é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública. Esta, como órgão ativo do Estado, tem freqüentes oportunidades de contato com o indivíduo, nas quais lhe pode violar os direitos, por abuso ou erro na aplicação da lei. Tal sistema de controle é o meio prático de contê-la na ordem jurídica, de modo a assegurar ao indivíduo o pleno exercício dos seus direitos.⁹⁹

MORAES afirma existir uma área de atuação exclusiva da Administração Pública, na qual não é permitida a interferência do Poder Judiciário. As manifestações desta exclusividade podem ser identificadas no mérito do ato administrativo

⁹⁷ FILHO, Valmir Pontes. *Controle jurisdicional dos atos administrativos*. In: Revista de Direito Público. São Paulo, vol. 55-56, p. 183-192, jul. 1980, p. 183.

⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade administrativa e controle judicial*. In: Revista de Direito Público. São Paulo, vol. 32, p. 18-30, nov. 1974, p. 24.

⁹⁹ FAGUNDES, Miguel Scabra. *O controle...*, 6 ed., op. cit., pp. 92-93.

discrecionário, e na valoração administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados de prognose.¹⁰⁰ Para a autora, a limitação do controle jurisdicional pela “área de livre decisão” (que não significa arbítrio, pois pressupõe uma lei a conferir esta margem de liberdade) reside nas “consequências decorrentes deste controle (e não na exclusão de determinados atos), as quais se restringem, na grande maioria das vezes, apenas a invalidar o ato impugnado, sem determinar sua substituição por outro”.¹⁰¹

Discutindo este aspecto, a autora segue o entendimento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, afirmando que quando as circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto eliminarem a possibilidade de o administrador escolher entre diversas opções, de forma que subsista apenas uma solução juridicamente possível, ou seja, quando ocorre a redução da discricionariedade a zero, o juiz poderá, quando realizar o controle da atividade administrativa não vinculada, determinar a substituição do ato administrativo anulado por outro, que realmente atenda o interesse público em tela.¹⁰²

Assim, para a realização dos ideais do Estado Democrático de Direito, verifica-se a necessidade de um controle jurisdicional eficaz sobre a Administração Pública, tendo como limites essenciais sempre a legalidade e a idéia da separação de poderes, entendimento este propagado pela doutrina administrativista como um todo.

4.2 TÉCNICAS DE CONTROLE

O controle jurisdicional dos atos discricionários da Administração Pública pode ser feito de diversas maneiras, sempre tendo em vista precisar os limites do campo de liberdade conferido ao poder discricionário do administrador. As técnicas de controle tratadas pela doutrina têm evoluído ao longo dos anos. No início, o intuito estava voltado para o sentido de eliminar a idéia de que os atos discricionários não se sujeitavam ao controle jurisdicional. Hoje, sendo esta possibilidade reconhecida

¹⁰⁰ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle...*, op. cit., p. 110.

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² *Ibid.*, p. 169.

unanimemente, parte-se para a discussão a respeito de que forma será feito, e qual a extensão do controle discutido.

As técnicas a serem apresentadas na presente monografia como limites à discricionariedade administrativa são, basicamente: o controle pelos elementos do ato administrativo, referente ao controle da finalidade (teoria do desvio de poder) e do motivo (conhecido este controle por teoria dos motivos determinantes), e, também, o controle pelos princípios constitucionais administrativos. Esta última forma ganhou especial relevo, principalmente na doutrina pátria.

4.2.1 Teoria do desvio de poder ou desvio de finalidade

Segundo expõe DI PIETRO, “o desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou”.¹⁰³ Tendo a Administração feito uso indevido da discricionariedade, desviando-se dos interesses públicos definidos em lei, o Poder Judiciário, neste caso, fica autorizado a decretar a nulidade do ato. Quando a Administração invadir o campo da legalidade ou, ainda, ultrapassar os limites da discricionariedade conferidos pelo legislador, ao Judiciário caberá invalidar o ato.

Para MORAES, “o dever de observância, pelos agentes públicos, da finalidade enunciada na norma jurídica decorre do princípio da impessoalidade, cuja preterição importa o vício do desvio de poder”.¹⁰⁴

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que “ocorre desvio de poder e, portanto, invalidade, quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado”.¹⁰⁵ Dito de outra maneira, o desvio de poder se apresenta quando o agente faz mau uso da competência que possui para praticar o ato administrativo, levando a uma finalidade que simplesmente não pode ser buscada. De acordo com as lições de TÁCITO, a competência do agente, neste caso,

¹⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 211.

¹⁰⁴ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle...*, op. cit., p. 124.

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 16 ed., op. cit., p. 371.

“visa a um fim especial, presume um endereço, antecipa um alcance, predetermina o próprio alvo. Não é facultado a autoridade suprimir essa continuidade, substituindo uma finalidade legal do poder com que foi investido, embora pretendendo um resultado materialmente lícito”.¹⁰⁶

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO salienta que o desvio de poder pode manifestar-se de duas maneiras: a primeira ocorre quando o agente visa uma finalidade alheia ao interesse público, ou seja, quando pretende prejudicar um inimigo ou beneficiar a si próprio ou a um amigo; a segunda ocorre quando o agente, apesar de perseguir uma finalidade ainda que concernente ao interesse público, esta demonstrar ser alheia à categoria do ato que utilizou (ou seja, o ato diverge da orientação legal). Como exemplo da primeira hipótese, o autor menciona o caso de um superior que remove um funcionário para local afastado, sem nenhum fundamento de fato, e sim pautado apenas na inimizade. Para a segunda hipótese, cita como exemplo o caso de o agente remover um funcionário que merecia punição, com o fim de castigá-lo. Neste caso, há desvio de poder porque a remoção não é um ato de categoria punitiva.¹⁰⁷

Para o autor em voga, o mérito desta teoria foi identificar como centro da legalidade do ato administrativo a noção de interesse público.¹⁰⁸

4.2.2 Teoria dos Motivos Determinantes

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO indica que, “de acordo com esta teoria, os motivos que determinam a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato”.¹⁰⁹ Significa, em outras palavras, que mesmo quando a lei não impuser expressamente a obrigação de o agente público enunciar os motivos, uma vez tendo sido expostos pelo agente, o ato só será válido se estes realmente aconteceram e justificavam o ato praticado.

¹⁰⁶ TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, pp. 80-81.

¹⁰⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 16 ed., op. cit., p. 372.

¹⁰⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e controle...*, 2 ed., op. cit., p. 67.

¹⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 16 ed., op. cit., p. 369.

Segundo DI PIETRO, para apreciar este aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência.

MEIRELLES, ao tratar do assunto, afirma que a teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos (deve haver perfeita correspondência entre os motivos e a realidade). Segundo este autor, “mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados”.¹¹⁰ Se houver desconformidade entre os motivos considerados determinantes e a realidade, o ato será inválido.

Ainda nos estudos de MEIRELLES, este autor cita CAMPOS dissertando sobre a teoria de JÈZE. Para CAMPOS:

A teoria dos motivos determinantes me parece de irrecusável procedência quando estabelece que os atos de Governo, se a lei os legitima mediante certos motivos (atos vinculados) ou quando o próprio Governo, podendo praticá-los sem motivo declarado (atos discricionários), declara, entretanto, o motivo, não poderão, em um e outro caso, continuar a subsistir desde que o motivo, que, de acordo com a lei, é necessário para legitimá-los, ou o motivo invocado ou declarado pelo Governo não contém a realidade ou se verifica improcedente por não coincidir com a situação de fato em que consistia o seu pressuposto.¹¹¹

O maior mérito desta teoria, para CINTRA, foi diminuir o campo da discricionariedade sem que, com isso, levasse à substituição do administrador pelo juiz, ou, em suas palavras, “fazer recuar os lindes da área reservada à discricionariedade administrativa pela auto-restrição judicial. É evidente que isso jamais conduziria a uma substituição do administrador pelo juiz”.¹¹²

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, 22. ed., op. cit., p. 182.

¹¹¹ CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. 1ª ed. Rio, p. 122. In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, 22. ed., op. cit., p. 182.

¹¹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo...*, op. cit., p. 188.

As duas teorias ora estudadas foram de extrema relevância para o avanço do controle da discricionariedade pelo Poder Judiciário. Entretanto, há necessidade de fundamentar a existência de um controle jurisdicional mais abrangente, pautado nos princípios constitucionais da Administração Pública.

5. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO LIMITES À DISCRICIONARIEDADE

O objetivo deste capítulo é demonstrar a importância de serem observados os princípios constitucionais no controle jurisdicional dos atos administrativos, em especial dos ditos discricionários.

É assente na doutrina que à Administração Pública só é permitido atuar segundo o que está autorizado expressamente por lei. Entretanto, esta atividade não está submetida apenas à lei em sentido formal, mas ao ordenamento jurídico como um todo, o que implica a observância dos princípios e valores constitucionais.

Destarte, o controle do ato administrativo discricionário a ser feito pelo Poder Judiciário há de se pautar, obrigatoriamente, na observância dos princípios a seguir descritos, que funcionarão como limites à discricionariedade administrativa.

Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.¹¹³

Vários autores ressaltaram a importância dos princípios quando da realização do controle jurisdicional do ato administrativo, visto que apenas após esta observância é que se terá, concretamente, o campo de discricionariedade possibilitado ao administrador, e se este nível não foi ultrapassado.

FREITAS ressalta que “o critério decisivo para estimar uma adequada atuação controladora reside, justamente, no zelo pela íntegra dos princípios regentes da Administração Pública, sobretudo quando se mostrar justificável a preponderância episódica de um, sem exclusão ou supressão recíproca dos demais”.¹¹⁴

¹¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 16 ed., op. cit., p. 817.

¹¹⁴ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 19.

No mesmo sentido, DI PIETRO lembra que todos os princípios acolhidos pela Constituição Federal, de maneira explícita ou implícita, deverão ser observados, com vistas a limitar a discricionariedade administrativa e ampliar a ação do Poder Judiciário.¹¹⁵

COELHO considera os princípios como “normas jurídicas dotadas de abstração, que, todavia, são portadoras de núcleos significativos de grande magnitude, de modo a influenciar toda a orientação das cadeias normativas que derivam do sistema”.¹¹⁶

Por todo exposto, parte-se para análise de alguns dos princípios constitucionais administrativos, considerados mais relevantes para possibilitar o controle jurisdicional do ato administrativo discricionário. Convém lembrar que

... a principiologia constitucional vinculativa da atuação da Administração Pública não se esgota nesses relevantes princípios expressos. Outros existem que também vinculam a atuação da atividade administrativa e que são extraídos dos vetores axiológicos da Constituição, como, por exemplo, a forma de governo republicana, o estado federado e o Estado de Direito.¹¹⁷

Para demonstrar a importância dos princípios constitucionais como técnica de controle da atividade discricionária, MORAES ressalta que os princípios constitucionais explícitos da Administração Pública da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, juntamente com os princípios gerais do Direito, implícitos na ordem jurídica, da razoabilidade e da proporcionalidade, forneceram “os critérios materiais que possibilitaram a extensão do controle jurisdicional para além dos domínios circunscritos à legalidade administrativa”.¹¹⁸

¹¹⁵ DI PIETRO, *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 173.

¹¹⁶ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle...*, op. cit., p. 08.

¹¹⁷ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle...*, op. cit., p. 15.

¹¹⁸ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle...*, op. cit., p. 111.

5.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade está consagrado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal Brasileira.

MEIRELLES, a respeito deste princípio, leciona que ao praticar sua atividade funcional, o administrador público está subordinado às exigências da lei e do bem comum, sendo-lhe defeso deles se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido.¹¹⁹

A legalidade é a pedra angular e essencial para vigência plena do Estado de Direito. Por conta deste princípio, toda a atividade administrativa, inclusive a discricionária, fica submetida aos ditames legais. Por isso, diz-se que, enquanto aos particulares é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração Pública só pode agir dentro dos limites autorizados por lei. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO considera-o como indispensável para configuração do regime jurídico-administrativo.

No entendimento de MORAES, não é possível conceber-se a noção de Direito fora do regime da legalidade e do regime de observância dos princípios constitucionais. Segunda a autora, “o exercício da Administração Pública na denominada área de livre decisão não significa arbítrio, pois pressupõe sempre uma lei a conferir essa margem de liberdade à Administração Pública”.¹²⁰

A lei, segundo COELHO, é a única fonte legítima de manifestação do poder estatal, “que se desloca, portanto, da figura do Monarca para se tornar, no Estado de Direito, a única possibilidade do atuar administrativo”. Decorre, evidentemente, da soberania popular ínsita ao Estado de Direito, cuja raiz constitucional encontra-se no art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal, que dispõe: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.¹²¹

¹¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, 22. ed., op. cit., p. 82.

¹²⁰ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle...*, op. cit., p. 111.

¹²¹ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle...*, op. cit., p. 16.

Entretanto, há autores, como FIGUEIREDO, que ressaltam que a legalidade não pode ser entendida apenas em seu sentido estrito, como a subordinação pura e simples da Administração à lei, mas como a totalidade do ordenamento jurídico, incluindo a Constituição com suas normas e princípios, com vistas a resolver hipóteses de omissão ou falta de norma.¹²² No mesmo sentido é a orientação de MEDAUAR, que comenta, sobre o princípio da legalidade previsto art. 37 CF: “a compreensão do princípio deve abranger não somente a lei formal, mas também os preceitos decorrentes de um Estado democrático de direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme prevê o art. 1º *caput* da Constituição.; e ainda, deve incluir os demais fundamentos e princípios de base constitucional”.¹²³

Como ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a legalidade terá um perfil diferente em cada país, conforme lhe haja atribuído seu respectivo Direito Constitucional. Assim, na França, Alemanha, Portugal, Itália e Espanha é permitido à Administração manifestar-se com certa desenvoltura em relação à lei, de maneira incomparavelmente maior do que no Brasil.

No Brasil, a legalidade está assentada não só no Estado de Direito, mas prevista expressamente nos arts. 5º, II, 37, *caput* e 84, IV da CF, que atribuem a este princípio uma postura bastante rigorosa e estrita, não deixando espaço para o Executivo evadir-se de seus grilhões. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ao comentar o art. 84, IV, CF, acrescenta: “evidencia-se, destarte, que mesmo os atos mais conspícuos do Chefe do Poder Executivo, isto é, os decretos, inclusive quando expedem regulamentos, só podem ser produzidos para ensejar *execução fiel da lei*. Ou seja: *pressupõem sempre uma dada lei da qual sejam os fiéis executores*”.¹²⁴

¹²² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 39.

¹²³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 147.

¹²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 16 ed., op. cit., p. 92. O renomado jurista ainda lembra que “a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei (...). Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coar a liberdade dos administrados, salvo se *em lei* já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar”. Adiante, coloca: “administração é atividade subalterna à lei; (...) que sua função é tão-só a de fazer cumprir lei preexistente, e, pois, que regulamentos independentes, autônomos ou autorizados são visceralmente incompatíveis com o Direito brasileiro”.

Em sentido contrário, ROCHA defende que no Estado Democrático de Direito o administrador público não se submete apenas à lei, mas ao Direito como um todo, que pode se expressar por meios diversos da lei formal.¹²⁵

5.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

Este princípio está expressamente previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

MORAES ensina que na doutrina brasileira, o princípio em voga está associado ora à noção de igualdade, ora à de finalidade pública, ou ainda à de neutralidade e de imparcialidade, e declara que são raros os estudos autônomos de seu conteúdo.¹²⁶

Conforme CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a Administração Pública, seguindo o princípio da impessoalidade, terá que tratar todos os administrados sem discriminações, quer benéficas ou detrimementosas. E admite que o princípio em causa não é senão o princípio da igualdade ou isonomia, consagrado no art. 37 e art. 5º, *caput*, da CF. Um exemplo dado pelo autor em tela é o fato de a CF exigir concurso público para ingresso em cargo, função ou emprego público, por permitir a disputa de todos os interessados com igualdade.¹²⁷

FIGUEIREDO contraria o entendimento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, já que, segundo suas lições, impessoalidade e igualdade são figuras distintas. A impessoalidade, para ela, caracteriza-se “na atividade administrativa, pela valoração objetiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político”.¹²⁸ Segundo defende, impessoalidade é imparcialidade. ROCHA também entende que impessoalidade e princípio da igualdade não se confundem. Para a autora, a impessoalidade “tem como

¹²⁵ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 75.

¹²⁶ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle...*, op. cit., p. 116.

¹²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 16 ed., op. cit., p. 104.

¹²⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso...*, op. cit., p. 59.

objeto a neutralidade da atividade administrativa, fixando como única diretriz válida para os comportamentos estatais o interesse público”,¹²⁹ sendo um princípio cuja ênfase está “na ausência de subjetividade e voluntarismo do administrador público, para que ele exerça a sua função com vistas ao interesse de todo o povo, voltando-se à finalidade pública”.¹³⁰

Para DI PIETRO, a impessoalidade obterá significações distintas, pois pode estar considerada em relação aos administrados como também à própria Administração. No primeiro sentido, estaria relacionado com a finalidade pública, pois a Administração não pode atuar para prejudicar ou auxiliar pessoas determinadas, uma vez que o interesse público deve nortear o seu comportamento. No segundo sentido, significa que os atos praticados pela Administração são imputados não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ao qual este funcionário está vinculado. Um exemplo é a previsão do art. 37, § 1º, CF, que proíbe constar nome, símbolos ou imagem que caracterizem promoção pessoal de autoridades e funcionários em publicidade de atos, programas, obras, etc. Conforme relata a autora, outra aplicação deste princípio está na matéria de exercício de atos praticados por funcionário irregularmente investido no cargo ou função, reconhecendo-se o exercício de fato, já que os atos são do órgão, e não do agente público.¹³¹

5.3 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Este princípio também é conhecido por princípio da finalidade pública, e está presente tanto no momento de elaboração como no da execução da lei, ou seja, inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua execução. Segundo DI PIETRO, a relevância deste princípio está no fato de que o interesse público é que irá reger a atuação do administrador público. E lembra que, embora as normas de direito

¹²⁹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios...*, op. cit., p. 147.

¹³⁰ Ibid, p. 153.

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 71.

público protejam reflexamente o interesse individual, elas têm o objetivo primordial de atender ao interesse público e ao bem-estar coletivo.¹³²

Significa que, na atuação da Administração Pública, os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais. Ligado ao princípio da finalidade está o da indisponibilidade do interesse público. Interesse público, para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a *lei* consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social”.¹³³

Como princípio geral do Direito, não se encontra em dispositivo algum da Constituição, como bem salienta CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, mas, nem por isso, caberia recorrer a ele contra a Constituição ou às leis. Segundo o citado jurista, “a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. (...) É situação oposta à da autonomia da vontade, típica do Direito Privado”.¹³⁴

5.4 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência foi inserido no texto constitucional brasileiro a partir da Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1998, e consta no rol dos princípios constitucionais administrativos expressos no art. 37 CF.

MORAES relata que a constitucionalização do princípio da eficiência surgiu como uma reação aos desmandos e inseqüências do modelo burocrático e tecnocrático do Estado, cujos desacertos estavam encobertos pelo manto da irresponsabilidade.¹³⁵

¹³² Ibid., pp. 101-102.

¹³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 16 ed., op. cit., p. 90.

¹³⁴ Ibid., p. 89.

¹³⁵ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle...*, op. cit., p. 134.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO entende que, apesar de a eficiência ser algo mais do que desejável, este princípio é “juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto”.¹³⁶ MORAES também tem este entendimento, e alerta sobre a necessidade de se precisar doutrinária e jurisprudencialmente o conteúdo do princípio da eficiência, “fundamentando-o, de modo inexorável, nas exigências da cidadania”.¹³⁷

MEIRELLES considera a eficiência como um dos deveres do administrador público, estabelecendo que este é o dever “que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”.¹³⁸ Para este autor, a verificação da eficiência abrange os aspectos quantitativos e qualitativos do serviço, e justifica que este princípio deve ser aplicado em todos os níveis da Administração brasileira.

Para DI PIETRO, o princípio da eficiência apresenta, na verdade, dois aspectos, pois pode estar relacionado ao modo de atuação do agente público, com vistas a atingir os melhores resultados na execução do serviço, ou pode estar ligado ao modo de organizar, disciplinar e estruturar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo.

5.5 PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Este princípio está consagrado no art. 37, *caput*, CF.

MEIRELLES considera-o um pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública, juntamente com a legalidade e a finalidade. A moralidade

¹³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 16 ed., op. cit., p. 112.

¹³⁷ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle...*, op. cit., p. 134.

¹³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, 22. ed., op. cit., p. 90.

administrativa integra o Direito, e foi consagrada, inclusive, pelo TJSP, cuja decisão, em parte, vem citada pelo autor em questão: “o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo”.¹³⁹

E, citando Hariou – “o sistematizador de tal conceito” – ensina que “o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: *non omne quod licet honestum est*”.¹⁴⁰

DI PIETRO¹⁴¹ ressalta que o princípio da moralidade administrativa não deve ser confundido com o princípio da legalidade, visto que a CF/88 fez um avanço ao considerar, no art. 37, *caput*, a legalidade e a moralidade como princípios autônomos, além de ampliar, no art. 5º, LXXIII, os casos de cabimento da ação popular, incluindo, a ofensa à moralidade administrativa. O art. 2º da lei 9784/99 também é trazido como exemplo do reconhecimento da moralidade na Administração Pública pela autora, em especial o seu inciso IV, que exige “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”. Cita, além destes artigos, o 85, V e o 37, § 4º como exemplos do princípio da moralidade.

A moralidade, conforme DI PIETRO, é um princípio a ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular quando se relacionar com a Administração Pública. E, embora não possa ser identificada com a legalidade, a imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, acarretando a invalidade do ato, que poderá ser decretada pela própria Administração ou reconhecida pelo Judiciário.

CELSONO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ao fazer alusão à moralidade, estabelece que a Administração e seus agentes têm que atuar conforme princípios éticos, posto que violá-los implicará violação ao próprio Direito.¹⁴²

¹³⁹ *Ibid.*, p. 85.

¹⁴⁰ HARIOU, Maurice. *Précis élémentaires de droit administratif*, Paris, p.197. In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, 22. ed., op. cit., p. 83.

¹⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., pp. 78-79.

¹⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 16 ed., op. cit., p. 109.

Para ROCHA, a moralidade administrativa abarca um “conjunto de normas definidoras dos comportamentos éticos do agente público, cuja atenção se volta a um fim legalmente delimitado”, em consonância com os valores sociais predominantes, refletindo e condensando “uma moral extraída do conteúdo da ética socialmente afirmada, considerada esta como o conjunto de valores que a sociedade expressa e pelos quais se pauta em sua conduta”.¹⁴³

MORAES declara que o princípio da moralidade administrativa, no sentido estrito de conformação da conduta dos agentes públicos com a ética, além de estar conexo aos princípios da impessoalidade e da publicidade, também se relaciona aos valores confiança, honestidade, lealdade e respeito aos valores culturais predominantes em determinada sociedade, aos quais correspondem as dimensões da boa fé (tutela da confiança), da probidade administrativa (deveres de honestidade e lealdade) e da razoabilidade (expectativa da conduta do homem comum por parte do agente público).¹⁴⁴

Por todo o exposto, observa-se que a doutrina estabelece a obrigatoriedade de a atividade administrativa estar subordinada, além da legalidade, ao princípio da moralidade administrativa.

5.6 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

O princípio da motivação representa, para a Administração Pública, a exigência de justificar os seus atos, a partir da apresentação dos fundamentos de fato e de direito.

DI PIETRO, justificando a observância deste princípio tanto pelos atos administrativos vinculados como pelos atos ditos discricionários, afirma que “a sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para garantir o controle de legalidade dos atos administrativos”.¹⁴⁵

¹⁴³ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios...*, op. cit., p. 191.

¹⁴⁴ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle...*, op. cit., pp. 125-126.

¹⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 82.

Reconhecendo esta mesma importância, CINTRA afirma ser a motivação importante no ato administrativo discricionário, “para ensejar o controle dos critérios adotados pelo administrador na opção por uma ou outra das alternativas que lhe permite a lei”,¹⁴⁶ referindo-se não apenas ao controle jurisdicional, mas também ao controle político em sentido restrito e ao controle da própria opinião pública.

Complementando este pensamento, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO acrescenta a importância da motivação na realização do controle pelo Poder Judiciário. Conforme este autor, quando se tratar de atos vinculados, bastará a simples menção da regra de Direito aplicanda, porque nela está implícita a motivação. Já nos atos em que existe a discricionariedade administrativa, considera imprescindível a motivação detalhada. E, em seguida, justifica:

O fundamento constitucional da obrigação de motivar está implícito tanto no art. 1º, II (...), quanto no parágrafo único deste preceptivo, (...) como ainda no art. 5º, XXXV. É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das ações de quem gere negócios que lhe dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas à lei.¹⁴⁷

Via de regra, não há formalidades específicas na motivação, podendo esta, como observa DI PIETRO, ser concomitante ou não ao ato, e ser realizada por órgão diverso daquele que proferiu a decisão.

FIGUEIREDO sustenta que a motivação do ato administrativo é imprescindível, e deve estar presente mesmo quando a lei não a exigir.¹⁴⁸

¹⁴⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 189.

¹⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 16 ed., op. cit., p. 103.

¹⁴⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso...*, 4 ed., op. cit., p. 48.

5.7 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Este princípio está consagrado no art. 37 CF, que exige, com isso, a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei.¹⁴⁹

Segundo, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único da Constituição), ocultamento aos interessados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida”.¹⁵⁰

MEIRELLES estabelece que a publicidade “é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início dos seus efeitos externos”.¹⁵¹ Além disso, ensina que “a publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade”.¹⁵² E, “como princípio de administração pública (CF, art. 37, *caput*), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais (...)”.¹⁵³

Para COELHO a publicidade deve ser ampla e efetiva, pois não basta, no âmbito da atividade administrativa, o mero cumprimento de certos atos formais.¹⁵⁴

De acordo com DI PIETRO, ao princípio da publicidade está ligada uma série de preceitos, previstos no art. 5º da CF, que podem confirmá-lo ou restringi-lo: 1) o inciso LX (restrição da publicidade para defesa da intimidade) não se aplica à Administração Pública, cujo objetivo primordial é a tutela de interesses públicos, que

¹⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 75.

¹⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 16 ed., op. cit., p. 104.

¹⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, 22. ed., op. cit., p. 86.

¹⁵² *Idem*.

¹⁵³ *Idem*.

¹⁵⁴ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle...*, op. cit., p. 30.

deverão prevalecer pela aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; 2) o inciso XIV assegura a todos o acesso à informação e resguarda o sigilo da fonte; 3) o inciso XXXIII determina que todos terão direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral; 4) o inciso XXXIV assegura o direito à obtenção de certidões públicas para defesa de direitos e esclarecimento de situações pessoais. 5) O inciso LXXII garante ao administrado o acesso a documentos que lhe digam respeito por meio do habeas data.¹⁵⁵

Nas lições de MORAES, o princípio constitucional da publicidade tem dois lados: ao mesmo tempo em que gera para o cidadão o direito à informação, abrangendo a transparência dos atos, procedimentos e contratos administrativos, e, mais do que isso, o direito à informação verdadeira, por outro lado, resulta para a Administração Pública o dever de motivar expressamente os atos administrativos.¹⁵⁶

Diante do exposto, percebe-se que a publicidade dos atos administrativos irá permitir maior transparência na atividade administrativa e, assim, a realização de um controle sobre esta.

5.8 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Embora não esteja previsto no art. 37, *caput*, CF, a razoabilidade é entendida como um princípio orientador da atuação da Administração Pública, conforme afirmam diversos doutrinadores, além de estar consagrado em Constituições Estaduais e leis infraconstitucionais. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO considera que “fácil é ver-se, pois, que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (art. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados)”.¹⁵⁷

¹⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., pp. 75-76. Estes exemplos também são mencionados por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO.

¹⁵⁶ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle...*, op. cit., p. 113.

¹⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 16 ed., op. cit., p. 100.

A doutrina trata, geralmente, este princípio em conjunto com o da proporcionalidade, o que pode ser verificado em diversos autores. DI PIETRO ressalta que “embora a lei 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade exige, entre outras coisas, proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar”.¹⁵⁸

BARROSO entende que a razoabilidade é um valioso fundamento para realização da justiça no caso concreto. Como bem expõe, “o princípio em exame tem se mostrado um versátil instrumento de proteção de direitos e do interesse público contra o abuso da discricionariedade, tanto do legislador como do administrador. De fato, por força dele, excepciona-se a regra tradicional de que os atos públicos sujeitam-se apenas ao controle de legalidade, pois a aferição da razoabilidade enseja análise de mérito”.¹⁵⁹ E salienta que para não se substituir a discricionariedade dos agentes públicos pela do Judiciário, a invalidação de um ato administrativo sob o fundamento deste princípio só deve ocorrer quando o ato for claramente arbitrário.

Em sentido contrário, DI PIETRO afirma que evidenciada a desproporção entre o motivo e o objeto do ato, este haverá de ser considerado inválido, o que não significa um exame de mérito. Para a autora, a razoabilidade deve ser utilizada com vistas a impor limites à discricionariedade administrativa. E acrescenta que a irrazoabilidade é a falta de proporcionalidade, isto é, da adequação entre os meios e fins dos motivos ensejadores da decisão administrativa.¹⁶⁰

Para BARROSO, a razoabilidade constitui, precisamente, na adequação de sentido que deve existir entre os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios, além dos valores fundamentais da organização estatal (e, em última análise, a justiça) que devem ser levados em conta em toda ação relevante para a criação do direito. Este autor entende que além da adequação entre o meio empregado e o fim perseguido, a

¹⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 81.

¹⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 155.

¹⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade...*, op. cit., p. 147.

idéia de razoabilidade compõe-se, ainda, dos elementos da necessidade ou exigibilidade da medida e da proporcionalidade em sentido estrito, que nada mais é senão a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido.¹⁶¹

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO também considera a razoabilidade um importante princípio a ser aplicado, em especial no atos administrativos discricionários. Segundo suas lições: “é óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme à finalidade da lei. Donde, se padecer deste defeito, será, necessariamente, violadora do princípio da finalidade (...) Em consequência, será anulável pelo Poder Judiciário”.¹⁶²

5.9 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

MORAES traz a idéia de que os conteúdos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade guardam conexão, “detectando-se um ponto comum entre a razoabilidade, na acepção de racionalidade, com o princípio da proporcionalidade, sob as vertentes da adequação e da necessidade, mas nem sempre alcança o princípio da razoabilidade em sua segunda acepção, traduzida pela regra do ‘consenso popular’, que nem sempre abrange a noção de proporcionalidade”.¹⁶³

Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente alvejável são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes. (...) Donde, atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado”.¹⁶⁴ O citado autor também entende, como DI PIETRO, que a proporcionalidade trata-se de um aspecto específico da razoabilidade, pois compreendem-se na mesma matriz constitucional,

¹⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *Temas...*, op. cit., p. 156-157.

¹⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 16 ed., op. cit., pp. 99-100.

¹⁶³ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle...*, op. cit., p. 139.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 101.

anteriormente citada. Contrariando os citados juristas, GRAU, entende a razoabilidade como uma feição da proporcionalidade, e não o contrário.¹⁶⁵

FREITAS denomina este princípio de razoabilidade ou adequação axiológica e da correspondente vedação de sacrifícios excessivos. Segundo expõe, “o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações ao princípio”.¹⁶⁶ Para ele, por conta da proporcionalidade, “o administrador público, dito de outra maneira, está obrigado a sacrificar o mínimo possível para preservar o máximo de direitos”.¹⁶⁷

MORAES, citando BONAVIDES, coloca que a proporcionalidade tornou-se um “axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito”, destinado a limitar toda atuação estatal, incluindo a administrativa, atentatória aos direitos fundamentais, que se tornaram o eixo central do Direito, cujos domínios expandiram-se por meio dos princípios gerais do Direito, para as fronteiras da juridicidade.¹⁶⁸

A autora ora citada acredita que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade poderão ser utilizados como formas de controle da atividade não vinculada da Administração Pública, desde que, entretanto, seja preservada a área referente ao mérito do ato administrativo, entendido como “núcleo da discricionariedade insuscetível de controle jurisdicional, quer à luz da legalidade, quer à luz dos princípios de Direito”.¹⁶⁹ E lembra, ainda, que essa possibilidade de incursão no âmago do ato administrativo não importa controlabilidade plena, porque em cada caso há de restar uma fronteira intransponível pelo juiz, não obstante a extensão da proporcionalidade e da razoabilidade.

¹⁶⁵ Ibid., p. 138.

¹⁶⁶ FREITAS, Juarez. *O controle...*, ob. cit., p. 56.

¹⁶⁷ Idem, p. 57.

¹⁶⁸ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle...*, op. cit., p. 137.

¹⁶⁹ Idem, p. 147.

6. CONCLUSÃO

O objetivo inicial do trabalho apresentado consistia em enfatizar o tratamento doutrinário existente sobre o tema do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários.

Sendo a bibliografia existente bastante ampla neste aspecto, procurou-se, então, privilegiar os consagrados doutrinadores que trataram do tema, como CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO e SEABRA FAGUNDES, sem, é óbvio, esquecer das novas publicações sobre o tema, como a obra da autora GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, utilizada no decorrer de todo o trabalho, em especial no que concerne ao controle fundado nos princípios constitucionais.

O controle desenvolvido pelo Poder Judiciário, que se pretendeu demonstrar neste trabalho, há de ser compreendido a partir da apreciação da discricionariedade administrativa, desenvolvida no primeiro capítulo, além dos temas a ela relacionados, como a arbitrariedade, a vinculação e os conceitos jurídicos indeterminados.

A partir de tal abordagem, tornou-se possível analisar o tema referente aos atos administrativos, e, após, o controle da discricionariedade propriamente dito.

Neste campo, percebeu-se a relevância desempenhada pelos princípios constitucionais no controle da atividade administrativa, em especial quando resultante da atuação de competência discricionária. Não só a teoria dos motivos determinantes e a teoria do desvio de finalidade – há muito sustentadas na doutrina como principais formas de controle do ato administrativo discricionário – são as formas utilizadas para resguardar o exercício de uma atividade administrativa discricionária obediente ao ordenamento jurídico como um todo.

Os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, da supremacia do interesse público, da eficiência, da moralidade administrativa, da motivação, da publicidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, embora desenvolvidos neste trabalho, recebem tratamento muito mais amplo por parte da doutrina. Acredita-se que estes princípios são importantes no combate aos vícios que levam à Administração a

desviar-se do interesse público e infringir não apenas a lei, mas o ordenamento jurídico como um todo, a partir da não observância do que está disposto expressa e implicitamente no texto constitucional. Com este estudo, pode-se observar que além dos princípios constitucionais positivados na nossa Constituição Federal, a doutrina tem admitido a utilização de outros princípios gerais do Direito como técnica de controle jurisdicional da atividade administrativa não vinculada, especialmente por meio dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Estando a atuação da Administração Pública conforme o Direito como um todo, possibilita-se o cumprimento dos objetivos visados pela Constituição Federal ao nosso Estado Democrático de Direito.

Cumprir observar que não se tinha, desde o início, a intenção de esgotar-se o tema, há anos discutido na doutrina. Coube realizar uma pesquisa bibliográfica acerca do assunto e, após, desenvolver os assuntos direcionados à realização do objetivo proposto. Daí porque antes estudar a discricionariedade e o ato administrativo para, depois, entender-se de que forma é feito o controle jurisdicional da discricionariedade do ato administrativo e qual a extensão deste controle. Com isto, depreende-se até onde pode o Judiciário intervir em uma atividade originada de um outro Poder, quer seja, a atividade administrativa, e pautado em quais fundamentos esta atuação poderá ser feita.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, L.R. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAVALCANTI, T. de B. **Do poder discricionário.** In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, vol. 1, p. 1-23, jan-1945.

CINTRA, A.C. de A. **Motivo e motivação do ato administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

COELHO, P.M. da C. **Controle jurisdicional da administração pública.** São Paulo: Saraiva, 2002.

CONCEIÇÃO, M.D.N. **Conceitos jurídicos indeterminados na constituição.** São Paulo: Celso Bastos Editora, 1999.

CRETELLA JUNIOR, J. **Curso de direito administrativo.** 15 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Do ato administrativo.** São Paulo: Bushatsky, 1977.

_____. **Dos atos administrativos especiais.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **O mérito do ato administrativo.** In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, vol. 79, p. 23-37, jan-1965.

DI PIETRO, M.S.Z **Direito administrativo.** 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 1991.

_____. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FAGUNDES, M.S. **Conceito de mérito no direito administrativo.** In: Revista de Direito Administrativo – Edição Histórica dos Cinquenta Anos. Rio de Janeiro: Renovar, p. 189-203, 1991.

_____. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

_____. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA, D.S. *O controle da administração pública pelo judiciário.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FIGUEIREDO, L.V. **Curso de direito administrativo.** 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FRANÇA, V. da R. **Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos.** In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 222, p. 97-116, out. 2000.

FREITAS, J. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Os atos administrativos e a discricionariedade vinculada aos princípios.** In: Estudos de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995.

GRAU, E.R. **Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade.** In: O direito posto e o direito pressuposto. Rio de Janeiro: Malheiros, 1996.

_____. **Poder discricionário.** In: Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 93, p. 41-46, jan. 1990.

HARGER, M. **A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados.** In: Gênesis: revista de direito administrativo aplicado. Curitiba, v. 1, n. 1, p. 287-314, abr. 1994.

MARQUES, J.F. **Curso de direito processual civil.** 24 ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo em evolução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **Poder discricionário da administração.** In: Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 610, p. 39-45, ago-1986.

MEIRELLES, H.L. **Direito administrativo brasileiro.** 20 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, C.A.B de. **Curso de direito administrativo.** 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de direito administrativo.** 14 ed. ref. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Discrecionariiedade e controle judicial.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Relatividade da competência discricionária.** In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol.212, abr. 1998.

MELLO, O.A.B. de. **Princípios gerais de direito administrativo.** 2 ed., v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MORAES, G. de O. **Controle jurisdicional da administração pública.** 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, D. de F. **Legitimidade e discrecionariiedade: novas reflexões sobre o limite e controle da discrecionariiedade.** Rio de Janeiro: Forense, 1989.

QUEIRÓ, A.R. **A teoria do desvio de poder em direito administrativo.** In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. VI, p. 40-78, out. 1946.

_____. **Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas.** In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 97, p. 1-8, jul. 1969.

ROCHA, C.L.A. **Princípios constitucionais da administração pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SOARES, J. de R.B. **O controle judicial do mérito administrativo.** Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

TÁCITO, C.. **Abuso de poder administrativo no Brasil**. In: Temas de direito público (estudos e pareceres). Rio de Janeiro, vol. 1, p. 39-70, 1997.

TALAMINI, D.C. **Revogação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.